

Neocontractualismo y obediencia al Derecho

Eusebio FERNÁNDEZ
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: I.—Introducción. Necesidad del Estado y necesidad de legitimación del Estado. II.—La legitimidad contractual y sus razones: 1) El concepto de legitimidad. 2) Las teorías contractualistas. 3) El contrato social como principio de legitimidad. Sus razones. III.—La fundamentación de la obligación política y la obediencia al Derecho. IV.—El contrato social y los derechos humanos como fundamento (moral) de la obediencia al Derecho (justo).

Las ideas elementales de las que parte el presente trabajo insisten en que los destinatarios del Derecho son, al mismo tiempo, agentes morales y en que un determinado sistema jurídico puede contar con razones morales a su favor. Su tesis central es que hay una obligación moral de obedecer al Derecho justo derivada de la obligación moral más general que tienen los hombres de ser justos. Se entenderá que un sistema jurídico es suficientemente justo cuando ha sido elaborado contractualmente y, además, reconoce, respeta y garantiza el ejercicio de los derechos humanos fundamentales.

Soy consciente de que esta obligación es derivada o indirecta y, por tanto, de que es distinta de la obligación moral en un sentido fuerte, que sería la que tiene como origen la autonomía de los individuos. También es evidente que caben otras posturas menos «comprometidas» en relación con el Derecho, como son la fidelidad, lealtad o respeto, pero respecto del Derecho justo ésta me parece la moralmente más adecuada. Todo esto es perfectamente compatible con la defensa de la postura de que también existen razones morales a favor de la obligación moral de desobedecer al Derecho injusto.

I. INTRODUCCIÓN. NECESIDAD DEL ESTADO Y NECESIDAD DE LEGITIMACIÓN DEL ESTADO

Es bastante extraño que un ciudadano sensato no se haya preguntado alguna vez si es necesario el Estado o por qué hemos de tener leyes y además hemos de obedecerlas. Sin embargo, la frecuencia y sencillez de las preguntas tiene poco que ver con la dificultad de las respuestas. La prueba de ello está en los distintos intentos que desde la Filosofía del Derecho y la Filosofía de la Política se han dado históricamente para responderlas y que ellas son el objeto de análisis de las reflexiones contemporáneas dentro de esos campos del pensamiento.

En mi libro «Teoría de la Justicia y Derechos Humanos» he señalado que el Estado es el medio más importante de organización social de la convivencia humana, que es «una forma, quizá la más racional, eficaz y justa, de autoridad» y que «su necesidad y justificación es tan clara que la única alternativa a la desaparición y destrucción del Estado no es la liberación de los seres humanos, sino la hobbesiana lucha de todos contra todos»¹.

A pesar de mi insistencia en la necesidad y justificación del Estado, no quiero que esto sea interpretado como una aceptación acrítica de un hecho irremediable desde el punto de visto histórico como es el de la progresiva intervención del Estado en la vida de los ciudadanos, y menos aún como una especie de «veneración» de un funcionario agradecido por la seguridad que, al menos, el Estado aporta. Hay razones. Entre ellas, la primera, por ser la más simple, la de la constatación contemporánea de la influencia social del Estado. Alessandro Passerin D'Entreves ha escrito que desde el instante del nacimiento hasta la muerte la vida de los seres humanos se ve rodeada por una serie de fuerzas que tanto pueden obstaculizar como favorecer su desarrollo y que puedan, además, determinar su destino. De ellas, algunas son extrañas a nosotros, mientras otras son consecuencia de condiciones que son puestas por nosotros o por otros. Entre estas condiciones, «las más numerosas, las más eficaces, las más directamente experimentadas por cada individuo son aquellas que están asociadas, de ordinario, a la noción, tan difusa como vaga, de una entidad misteriosa y omnipresente, de un poder indefinido y a la vez imperioso e irresistible: la noción de Estado..., una palabra que... está entre las que son más familiares y con las

¹ Eusebio Fernández, *Teoría de Justicia y Derechos Humanos*, Editorial Debate, Madrid, 1984, p. 175. Ver también, Gregorio Peces-Barba, «Consideraciones sobre el significado y el valor del Estado», en *Sistema*, 38/39, Madrid, octubre de 1980, pp. 3 y ss.

que tropieza o utiliza en la conversación de cada día, en los negocios y en el ejercicio de cualquier actividad de ciudadano o simplemente de hombre»².

Además, otras razones a su favor girarían en torno a que el Estado, «con su violencia, impone la no violencia», sustrayendo la violencia privada de la sociedad civil y liberando a la razón del sometimiento a la fuerza³, o porque se trata de una institución que, a través del Derecho, protege los bienes e intereses fundamentales de los individuos, y que aunque lo haga gracias a unos medios que imponen limitaciones y sacrificios a las personas, «si el individuo analiza sobriamente las cosas, tendrá que concluir que estos inconvenientes del ordenamiento jurídico son menores que las ventajas que le ofrece»⁴.

La respuesta a la segunda pregunta inicial, ¿por qué hemos de tener leyes y obedecerlas?, puede derivarse de lo anterior. Si el Estado es necesario para mantener la convivencia, si las ventajas y beneficios que aporta son mucho mayores que las desventajas y perjuicios, si para el cumplimiento de sus fines, considerados como cosas buenas, precisa del Derecho, entonces las leyes son necesarias. Además, dada la existencia de conflictos sociales, si no queremos que las disputas entre personas y grupos se solucionen con la utilización de la fuerza privada y nos decidimos por otro tipo de procedimientos, como son los regulados por las leyes, es que consideramos a éstas como medios buenos y adecuados. De ello se derivaría que tenemos algún tipo de obligación de obedecer al Derecho.

Necesidad, por tanto, del Estado y de sus leyes. Pero también, no justificación de cualquier tipo de Estado y de leyes, sino del y de las que existen o pueden existir en interés de los ciudadanos. Esto me permite adelantar un presupuesto fundamental de todo lo que aquí voy a desarrollar: que la única razón válida y justa del Estado es el reconocimiento y protección de los derechos fundamentales de los individuos, o lo que es lo mismo, que no existen razones de Estado por encima de las razones (intereses, derechos, necesidades) de los ciudadanos. Ello nos conduce al importante tema de las relaciones y posibles oposiciones entre la autonomía de los individuos y la autoridad del Estado. Contrariamente a lo que piensa Robert Paul Wolff cuando ha escrito: «El sello definitorio del Estado es

² Alessandro Passerin D'Entreves, *La noción de Estado*, Centro de Estudios Universitarios, Madrid, 1970, trad. de Antonio Fernández Galiano, p. 17.

³ Francisco Laporta, «Estado y violencia: Sugerencias para una toma de posición», en *Sistema*, 38/39, octubre de 1980, Madrid, pp. 112, 115 y 117.

⁴ Norbert Hoerster, «Obligación moral y obediencia jurídica», en *Dianoia. Anuario de Filosofía*, 1976, Universidad Nacional Autónoma de México, Fondo de Cultura Económica, México, p. 153.

la autoridad, al derecho a mandar. La obligación primaria del hombre es la autonomía, la negativa a dejarse mandar. Parecería, pues, que no puede haber solución para el conflicto entre la autonomía del individuo y la autoridad putativa del Estado. En la medida en que un hombre cumple con su obligación de hacerse autor de sus decisiones, se resistirá a la pretensión del Estado de tener autoridad sobre él»⁵, pienso que es posible, sin dañar en su núcleo más importante la autonomía del individuo, compatibilizarla con la autoridad del Estado. Es más, considero que si llevamos a sus más extremas consecuencias las ideas de R. P. Wolff se haría inviable cualquier forma de convivencia y que, en cambio, la existencia del Estado y de las leyes garantizan mejor el desarrollo de la autonomía de las personas que su ausencia. La razón más importante es muy sencilla desde el punto de vista antropológico y ha sido apuntada por Peter Singer cuando ha escrito que «los seres humanos son de naturaleza social, pero no lo son a tal punto que no necesitemos protegernos contra el riesgo de que nuestros congéneres nos ataquen o maten. Podríamos intentar hacerlo formando organizaciones de vigilancia para prevenir estos delitos y castigar a quienes los cometen; pero los resultados serían fortuitos y susceptibles de conducir a una guerra entre bandas opuestas. Por eso es deseable tener, como dijo hace mucho tiempo John Locke, «un derecho establecido, asentado y conocido», interpretado por un juez autorizado y respaldado por el poder suficiente para llevar a la práctica las decisiones del juez»⁶.

Una vez admitida la necesidad e importancia del Estado y sus leyes, podemos darnos cuenta de que los pasos seguidos y los resultados logrados son insuficientes, ya que, como he apuntado, no basta con cualquier tipo de Estado o de leyes. Esto plantea el tema de la legitimación de uno y otras, es decir, el de sus justificaciones éticas, políticas y jurídicas, tanto más cuanto que, como ha señalado Gregorio Peces-Barba, «el Derecho y el Poder se conectan claramente como efecto y causa...; el Derecho válido fundamenta su validez, es Derecho, por su producción directa o indirecta —a través del reconocimiento de las normas producidas por otros o de la delegación a otros para producir normas— por el Poder Soberano. A su vez, el Poder Soberano del Estado expresa el monopolio del uso legítimo de la fuerza a través del Derecho»⁷.

⁵ R. P. Wolff, *In Defense of Anarchism*, Harper and Row, Nueva York, 1970, página 18.

⁶ Peter Singer, *Ética práctica*, Editorial Ariel, Barcelona, 1984, trad. de Marta I. Guastavino, p. 231.

⁷ Gregorio Peces-Barba, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Editorial Debate, Madrid, 1983.

Existen distintas formas de organización política y jurídica del Estado y existen, por consiguiente, distintas formas de legitimación. Nos cabe la posibilidad, a su vez, a la hora de legitimar el Estado, de legitimar una forma de organización que haga posible el ejercicio de las libertades y derechos fundamentales, y con ellos, el desarrollo de la autonomía moral de los seres humanos, la paz, la seguridad y unas relaciones sociales y económicas justas. El modelo de Estado que aquí se elige es el del Estado social y democrático de Derecho, según viene expresado en el artículo 1.1. de nuestra Constitución⁸; la forma de legitimación que considero más adecuada para la realización de este tipo de Estado es el principio de legitimidad contractualista.

Todo lo anterior implica considerar este tipo de Estado como el motor de una filosofía política de tipo progresista, superando las simplificaciones de lo que inteligentemente Elías Díaz ha denominado «la ideología de la maldad estatal», como también, por supuesto, las de la acrítica «ideología de la bondad estatal», a través de un «entendimiento del Estado (y del Derecho) —escribe— como posible factor de cambio social ... por la presión social y la presencia de las clases denominadas en las instituciones jurídico-políticas, el Estado (y el Derecho) pueden ser, o llegar a ser, no ya sólo —cosa nada infrecuente— instrumentos de opresión y dominación sobre ellas, sino, por el contrario, y a pesar de todas las dificultades, también elementos o factores de cambio social y de verdadera liberación»⁹.

II. LA LEGITIMIDAD CONTRACTUAL Y SUS RAZONES

1. *El concepto de legitimidad*

Voy a partir de un concepto muy general de legitimidad para, posteriormente, ir reduciéndolo hacia el concepto de legitimidad democrática. Para el primer tipo de concepto, es de interés la distinción que ha hecho Luchio Levi entre dos significados de legitimidad en el lenguaje ordinario. El uno, genérico, sería casi sinónimo de justicia o razonabilidad; así hablaríamos de una decisión legítima o de la legitimidad de una actitud. El otro significado, más específico, sería el apropiado para ser utilizado en el lenguaje político, y tendría como referencia al Estado. Según este significado, «se puede definir la legitimidad como atributo del Estado que consiste en la existencia

⁸ Ver Angel Garrorena Morales, *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, Editorial Tecnos, Madrid, 1984.

⁹ Elías Díaz, *De la maldad estatal y la soberanía popular*, Editorial Debate, Madrid, 1984, pp. 9 y 14.

de una parte relevante de la población de un grado de consenso tal que asegure la obediencia sin que sea necesario, salvo en casos marginales, recurrir a la fuerza. Por tanto, todo poder trata de ganarse el consenso para que se le reconozca como legítimo, transformando la obediencia en adhesión»¹⁰.

Tomando como base este concepto amplio de legitimidad, éste sería igual a hablar de la justificación de un orden político o de un Estado que pretende el consenso de la población a él sometida. Sin embargo, para defender el principio de legitimidad contractual como un principio de legitimidad democrática no nos basta con ese núcleo de exigencias que pueden reducirse a la posibilidad de buscar una justificación que sea generadora de consenso, sino que, además, es necesario que ese tipo de justificación sea la respuesta a intereses generales y generalizables, y que el consenso como base de legitimidad de un orden político sea un consenso expresado o manifestado por hombres autónomos y libres en situaciones de auténtica libertad. Se excluye, por tanto, el consenso impuesto o manipulado, pues si damos como requisito de legitimación únicamente la aceptación de un determinado orden político, tanto un sistema político democrático (con consenso libre) como un sistema no democrático (con consenso, pero manipulado o impuesto) serían igualmente legítimos. Si añadimos, además, como un nuevo requisito, que el consenso debe ser libremente expresado, solamente el orden político democrático sería legítimo. Ello nos permite diferenciar entre sistemas políticos legítimos, en el sentido reducido que aquí he dado al concepto de legitimidad, y sistemas políticos ilegítimos, como también en sistemas políticos más o menos legítimos según cuenten con un grado mayor o menor de consenso libre.

2. *Las teorías contractualistas*

El principio de legitimidad que aquí me interesa es el principio de legitimidad contractual. Este principio de legitimidad cuenta con una larga tradición histórica, cuyos momentos más importantes se encuentran en la filosofía política de los siglos XVII y XVIII, y ha sido objeto en los últimos años de un notable renacimiento cuyos resultados más espectaculares han hecho que, como ha apuntado Javier Muguerza, «las más afamadas de entre las actuales teorías de la justicia son teorías neocontractualistas de la misma, esto es, se

¹⁰ Lucio Levi, voz «Legitimidad», en *Diccionario de política*, dirigido por Norberto Bobbio y Nicola Matteucci, t. II, Siglo XXI editores, Madrid, 1983, página 392.

trata de teorías más o menos inspiradas en la antigua teoría del contrato social»¹¹.

¿Cuáles serían las características de las teorías contractualistas? A las teorías contractualistas se las puede definir como «aquellas construcciones teóricas que pretenden explicar la existencia de la sociedad y del orden político en base a un contrato o pacto entre los hombres que estarían en el origen de toda sociedad»¹². Esta definición, correcta en lo que se refiere al núcleo fundamental de la idea del contrato social, debe ser objeto de dos matizaciones que hacen hincapié en el aspecto de justificación (o modelo justificativo) de las teorías contractualistas a expensas del modelo explicativo:

a) La primera de ellas es que para la mayor parte de los autores contractualistas clásicos¹³ y para la totalidad de los neocontractualistas el pacto o contrato originario de la sociedad y el orden político no se ve como un hecho histórico o empírico (realmente acaecido), sino como una suposición, hipótesis, ficción o construcción teórica. Nos encontramos aquí con el aspecto más vulnerable a la crítica de las teorías contractualistas, pero también con el punto donde radica el mayor atractivo teórico de las filosofías jurídico-políticas que se han inspirado y se siguen inspirando en ellas. El carácter hipotético les da un acentuado sentido dinámico que puede acarrear consecuencias prácticas —éticas, políticas, jurídicas— renovadoras. Como ha señalado Javier Muguerza a propósito de la teoría neocontractualista de J. Rawls y de la teoría clásica del contrato social, «dicha teoría (se refiere aquí a la de J. Rawls) es una «construcción analítica» —en una acepción más kantiana que contemporánea de la adjetivación— mediante la que se simula la actuación de unas personas que en una determinada situación y bajo unas determinadas condiciones establecen un pacto o acuerdan un contrato, lo que de entrada exime a ese modelo heurístico de toda servidumbre más o menos realista. Ello es muy cierto, como lo era ya a propósito de la teoría del contrato social en sus más caracterizadas versiones precedentes... Si la libertad, la información y la imparcialidad hubieran de ser las condiciones posibilitantes de un cierto género de racionalidad, el descontento provocado por la insuficiente racionalidad de nuestra vida social podría sin duda traducirse en un programa de acción en pro

¹¹ Javier Muguerza, «Entre el liberalismo y el libertarismo (Reflexiones desde la ética)», en *Zona Abierta*, 30, enero-marzo de 1984, p. 2.

¹² J. J. Toharia, «Contrato social», en *Diccionario de Ciencias Sociales*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1975, t. I, p. 547.

¹³ Ver mi trabajo «El contractualismo clásico (siglos XVII y XVIII) y los derechos naturales», incluido en *Teoría de la Justicia y Derechos Humanos*, Editorial Debate, Madrid, 1984, pp. 127 y ss.

de la efectiva instauración de tales condiciones. Con lo que el planteamiento de nuestra cuestión habría salido del dominio de las meras construcciones analíticas para inscribirse en una dimensión incuestionablemente política.

De hecho, esa es justamente lo que aconteció con la teoría clásica del contrato social»¹⁴.

b) La segunda matización responde a la idea de que el objeto primario de las teorías contractualistas no es estrictamente explicar la existencia de la sociedad y del orden político, sino, más bien, fundamentar una determinada concepción de una y otro, que por razones históricas y filosóficas está estrechamente conectada con el principio de legitimidad democrática. Este es un rasgo común tanto a las teorías contractualistas clásicas como al neocontractualismo. Se trata de legitimar la sociedad y el orden político de una forma tal como si hubieran sido originadas por medio de un contrato.

En el caso del contractualismo clásico, quizá sea E. Kant el pensador que lo expresó de manera más clara al definir el contrato social como «una mera idea de la razón, pero que tiene indudable realidad (práctica), a saber, la de obligar a cada legislador para que dé sus leyes tal como si éstas pudiesen haber nacido de la voluntad reunida de todo un pueblo y para que considere a cada súbdito, en cuanto quiera ser ciudadano, como si hubiera estado de acuerdo con una voluntad tal. Esto es, en efecto, la piedra de toque de la juridicidad de una ley pública capaz de regir para todos»¹⁵.

Por lo que respecta al contractualismo contemporáneo, su ejemplo más relevante, J. Rawls, ha sido especialmente sensible a la conexión de su teoría contractual, fundamentadora de una teoría de la sociedad justa, con los objetivos seguidos por parte del contractualismo clásico: «Lo que he tratado de hacer —escribe— es generalizar y llevar la teoría tradicional del contrato social representada por Locke, Rousseau y Kant, a un nivel más elevado de abstracción... Más aún, esta teoría parece ofrecer una explicación sistemática alterna de la justicia que es superior, al menos así lo sostengo, al utilitarismo dominante tradicional. La teoría resultante es altamente kantiana. De hecho, no reclamo ninguna originalidad respecto a los puntos de vista que expongo, las ideas fundamentales son clásicas y bien cono-

¹⁴ Javier Muguerza, «A modo de epílogo: últimas aventuras del preferidor racional», en *La razón sin esperanza*, Editorial Taurus, Madrid, 1977, pp. 260-261.

¹⁵ E. Kant, «Acerca de la relación entre teoría y práctica en el derecho político (contra Hobbes)», en *Acerca del refrán «lo que es cierto en teoría para nada sirve en la práctica»*, recogido en *Filosofía de la Historia*, Editorial Nova, Buenos Aires, trad. de Emilio Estiú, pp. 167-168.

cidas... Mis ambiciones respecto al libro quedarán completamente realizadas si permiten ver más claramente los principales rasgos estructurales de una concepción alternativa de la justicia que está implícita en la tradición contractualista, señalando el camino de su ulterior elaboración. Creo que de los puntos tradicionales es esta concepción la que mejor se aproxima a nuestros juicios meditados acerca de la justicia y la que constituye la base moral más apropiada para una sociedad democrática»¹⁶.

3. EL CONTRATO SOCIAL COMO PRINCIPIO DE LEGITIMIDAD. SUS RAZONES

Todo sistema de legitimidad cuenta con una serie de principios que sirven como base para la utilización de argumentos a su favor. En el presente caso, las razones que me llevan a defender el contrato social como base de legitimación social, política y jurídica son las siguientes:

Primera. La relación contrato social-consentimiento.—El principio de legitimidad contractual presupone la existencia de un consentimiento explícito, entendiendo este último concepto en el sentido de que «tenemos consentimiento..., siempre que el derecho de un hombre para actuar de cierta manera es condicional de que otro hombre haya expresado el deseo de que actúe en esa forma»¹⁷.

Pues bien, creo que no puede existir una sociedad estable, ni mínimamente justa, sin un sistema de legitimidad que sea producto del consentimiento de los individuos que forman parte de ella. Para

¹⁶ J. Rawls, *Teoría de la justicia*, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1979, traducción de María Dolores González Soler, p. 9.

Sobre la influencia de Kant en J. Rawls, ver Manuel Jiménez Redondo, *Constructivismo, Rawls, Nozick*, Universidad de Valencia, 1983, pp. 65 y ss., y Carlos Thiebaut, «Las racionalidades del contrato social: Kant en Rawls», en *Zona Abierta*, 32, julio-septiembre de 1984, pp. 117 y ss.

Entre la bibliografía española más reciente sobre el contractualismo contemporáneo pueden verse: Fernando Vallespín Oña, *Nuevas teorías del contrato social: John Rawls, Robert Nozick y James Buchanan*, Alianza Universidad, Madrid, 1985; M. José Agra Romero, *J. Rawls: el sentido de justicia en una sociedad democrática*, Universidad de Santiago de Compostela, 1985; Jesús I. Martínez García, *La teoría de la Justicia en John Rawls*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985, con prólogo de Juan José Gil Cremades; Miguel Ángel Rodilla, «Buchanan, Nozick, Rawls: Variaciones sobre el estado de naturaleza», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, nueva época, t. II, Madrid, 1985, páginas 229 y ss., y mi recensión al libro de Fernando Vallespín, antes citado, en *Revista de las Cortes Generales*, núm. 6, Madrid, tercer cuatrimestre de 1985, páginas 419 y ss.

¹⁷ J. P. Plamenatz, *Consentimiento, libertad y obligación política*, Fondo de Cultura Económica, México, 1970, trad. de Roberto Reyes Mazzoni, p. 15.

que esto sea posible, dicho sistema de legitimidad debe responder a las más generales y pluralistas necesidades culturales, éticas, sociales, económicas y políticas generadas por el desarrollo social y debe ser capaz de institucionalizar, en la medida de lo posible y siempre y cuando no atenten a los valores que hacen posible una existencia pacífica, los conflictos propios de una sociedad libre. Esto tiene un gran interés si pensamos en la relación ciudadano-poder político, ya que dentro de este campo todo lo que no sea producto del consentimiento será imposición. Aunque un consentimiento total de cada uno y de todos los ciudadanos hacia el sistema político es algo utópico, debe tenerse en cuenta que a mayor consentimiento corresponderán menores posibilidades de actuación impuesta o por la fuerza, y esto es importante para la vigencia, eficacia y justicia del sistema jurídico-político.

Segunda. La conexión entre los valores de autonomía individual, libertad e igualdad y el principio de legitimidad contractualista.—Parto aquí de la idea de que la teoría del contrato social puede resolver, mejor que cualquier otra, los problemas relativos a la búsqueda de un principio de legitimidad social, política y jurídica basado en los valores éticos de autonomía individual, libertad e igualdad. En relación con estos valores citados se debe añadir que se trataría de la elaboración, a partir de su reconocimiento racional y de considerarlos con una cierta objetividad en sus concreciones históricas, de un marco, no convencional, dentro del cual se desarrolla el contrato social, es decir, un contenido necesario y esencial del contrato social y una limitación formal y sustancial de las posibles decisiones contractuales.

La conexión entre los valores citados y el contrato social tiene lugar a través de una doble vía: *a)* Teniendo en cuenta que el contrato social no es un medio neutro de tomar decisiones, sino que el hecho mismo de la posibilidad de pactar o contratar con otros individuos, y más aún si el objeto del pacto es el modelo de sociedad, es un hecho de gran trascendencia moral, pues indica que aceptamos y respetamos en los demás su autonomía moral, su dignidad y su libertad para tomar decisiones en una situación de igualdad con nosotros. *b)* Porque el contrato social sirve para articular, regular y modelar en instituciones sociales, políticas y jurídicas esos principios y valores de una forma racional y universalizable.

Tercera. El principio de legitimidad contractual como fundamento de la obligación política.—Si partimos de una consideración elemental de la obligación política como el conjunto de obligaciones

que tenemos como ciudadanos en relación con el Estado, y que irían desde el patriotismo a la lealtad y desde el respeto al deber de obedecer sus normas, el principio de legitimidad contractual, al posibilitar que dichas obligaciones sean resultado de un pacto o del consentimiento y no meras imposiciones, aporta razones y efectividad a las ideas de obligación moral, política y jurídica y a la obediencia al Derecho, estimula el ideal de participación ciudadana auténtica y justifica, en algunos casos, la desobediencia civil.

La fundamentación contractualista del Estado no sólo precisa el consentimiento previo de los ciudadanos ante las formas jurídico-políticas del mismo, sino que exige su permanente control, a través de la utilización de los medios tradicionales empleados en un Estado de Derecho, y aceptación. De esta manera se realiza la identificación entre los fines y objetivos del sistema político, los creadores de las normas y sus destinatarios, al mismo tiempo que se perfecciona la labor del gobierno y se refuerza la autoridad moral del Estado.

En el caso de la obediencia al Derecho, el consentimiento al ordenamiento jurídico y la participación en la creación de las normas jurídicas han de influir en su aceptación, respeto y obediencia. Como ha señalado Wolgan Röd: «En el enfoque jurídico, en virtud del cual el Estado no se presenta como producto creado por una realidad sometida a la ley de la causalidad, sino como un sistema de normas, la idea del contrato social desempeña un papel completamente distinto al que desempeña en las teorías realistas del origen del Estado, en la medida que esta idea no sirve para responder a la cuestión de su génesis, sino a la del fundamento de la vigencia de un orden jurídico. Es esencial de las normas, y en particular de las normas jurídicas, que tengan vigencia, es decir, que por lo regular sean reconocidas como obligatorias. La pregunta de por qué los sistemas de normas tienen un carácter obligatorio es la cuestión de la Filosofía del Derecho. Una posibilidad de responderla la ofrece la doctrina del contrato social en la medida que intenta reducir la obligatoriedad del Derecho al *factum* de que los sometidos jurídicamente se hayan comprometido de modo voluntario a la obediencia jurídica»¹⁸.

Finalmente, si invertimos los papeles, nos encontramos que las mismas razones contractualistas que sirven para fundamentar la obligación política en general y la obediencia a las leyes en particular pueden ser aplicadas como justificación de la desobediencia civil. De la misma forma que el consentimiento voluntario al sistema político y jurídico y la participación directa en su realización y desarrollo

¹⁸ Wolgan Röd, «La idea del contrato social y el problema de la vigencia del Derecho», en *Derecho, razón práctica e ideología*, Anales de la Cátedra Francisco Suárez, núm. 17, Granada, 1977, pp. 286-287.

compromete a sus destinatarios a respetar lo pactado, cualquier decisión de los poderes del Estado que atente a los principios fundamentales y a los contenidos que dan vida al contrato social (autonomía moral, seguridad, libertad, igualdad) invalidaría la obligación ciudadana de respetar lo pactado, justificando moral y políticamente la desobediencia civil.

Cuarta. La estrecha conexión entre la legitimidad contractual y el sistema de democracia liberal.—La referencia al sistema liberal democrático o democracia liberal es intencionada a la vez que importante; y ello por tres razones. En primer lugar, porque me interesa defender y mantener los principios inspiradores del sistema, tales como el reconocimiento y garantía de los derechos humanos, los límites y control al poder político, el Estado de Derecho, la división de poderes o el sufragio universal. En segundo lugar, porque no existe una alternativa al modelo de democracia liberal que pueda realizar mejor estos principios. En tercer lugar, porque el sistema de democracia liberal es el sistema que más estrechamente coincide con los requisitos y con las finalidades del principio de legitimidad contractualista, pues solamente la democracia liberal permite la elección, experimentación, crítica y revisión de los diferentes modelos de sociedad, acciones todas ellas propias de los individuos que pueden llevar a cabo el contrato social.

Entendido de esta manera, queda claro que la idea de democracia liberal no se agota en la existencia de unas reglas de juego necesarias para la convivencia, en una forma y unos procedimientos de acceso al poder y de ejercicio del mismo o en la aceptación de la regla de la mayoría como la ley fundamental, sino en algo mucho más profundo y sustancial por lo que respecta a la organización política de la convivencia: en ser la síntesis de liberalismo y democracia. En este sentido hay un enlace lógico y una línea histórica que comienza en el liberalismo y llega a la democracia. Tal es la síntesis que como ha apuntado Norberto Bobbio en una reciente y lúcida conferencia publicada más tarde, «... es imposible que un Estado no liberal, un Estado que no respete las libertades fundamentales, pueda asegurar un correcto funcionamiento de la democracia; y, por otro lado, es imposible que un Estado no democrático, un Estado cuya legitimación no derive del consenso de los ciudadanos, esté en condiciones de garantizar las libertades fundamentales. Tanto es así, que Estado liberal y Estado democrático, cuando caen, caen juntos»¹⁹.

¹⁹ Norberto Bobbio, «El futuro de la democracia, en *Revista de las Cortes Generales*, núm. 2, segundo cuatrimestre de 1984, Madrid, p. 13.

Sin embargo, aprovecho para hacer dos acotaciones a la idea de democracia liberal, que al mismo tiempo le añaden exigencias en cuanto al modelo jurídico-político de sociedad que se pretende. La primera de ellas es que el sistema liberal democrático no se agota en la democracia representativa, sino que puede perfectamente, y debe, asimilar elementos propios de una democracia de base o democracia directa y combinar unos y otros. Es posible, y hay razones fuertes a favor de esta idea, que alguien piense que un sistema de legitimidad contractual parece estar más cerca de un procedimiento directo o de democracia directa a la hora de tomar decisiones que de un sistema de democracia representativa. Mi postura es que se precisa de una combinación de los dos tipos de democracia y que no se puede utilizar ninguno de ellos en exclusiva. Efectivamente, parece correcto pensar que el ideal del contrato social se encuentra más realizado en una democracia de base, pero si tomamos en consideración las sociedades desarrolladas de tipo occidental, es tal la dimensión de las naciones actuales y son tales los problemas de tipo político, económico y social planteados, que existe un gran número de cuestiones y políticas de gobierno que por razones de simple eficacia no pueden ser resueltas por democracia directa y precisan de la democracia delegada o representativa. El modelo de democracia como participación, que ha desarrollado C. B. Macpherson en un conocido libro suyo, nos puede servir como guía. Según este autor dicho modelo constaría de «un sistema piramidal, con la democracia directa en la base y la democracia delegada en todos los niveles por encima de ella. Así, se empezaría con una democracia directa a nivel de barrio o de la fábrica, con debates totalmente directos, decisión por consenso o mayoría, y elección de delegados que formarían un consejo más amplio inmediato, como, por ejemplo, el distrito de una ciudad o toda una ciudad pequeña... Y así sucesivamente hasta el nivel más alto, que sería un consejo nacional para los asuntos de gran importancia y consejos locales y regionales para los asuntos de importancia nacional. Lo que hace falta, a cada nivel, para que el sistema sea democrático, es que los encargados de adoptar decisiones y los formuladores de cuestiones elegidos desde abajo sean responsables ante los de abajo al estar sometidos a la reelección, o incluso a la revocación»²⁰.

La segunda acotación quiere insistir en que la democracia liberal para ser auténticamente realizada no puede mantenerse indiferente

²⁰ C. B. Macpherson, *La democracia liberal y su época*, Alianza Editorial, Madrid, 1984, trad. de Fernando Santos Fontela, pp. 130 y 131.

Ver también Elías Díaz, «La justificación de la democracia», en *Sistema*, número 16, mayo de 1985, pp. 3 y ss.

en relación con las desigualdades sociales y económicas. La democracia política precisa de la democracia económica y social, de la misma forma que la libertad de los individuos no es posible sin su emancipación económica. En la consecución de estos ideales convergen el liberalismo, la democracia y el socialismo democrático o liberal. Como ha señalado N. Bobbio, «lo que el socialismo añade a las reglas del juego, es decir, a la democracia como método, y a la garantía de los derechos de libertad como presupuesto, es una meta. Una meta inspirada en el ideal de la igualdad, de una igualdad cada vez mayor entre los hombres, primero dentro del grupo social, después en las relaciones entre grupos y al fin en dirección a la igualdad de todos los hombres. Lo que diferencia al socialismo en sus distintas corrientes de todas las demás ideologías políticas es la voluntad de disminuir las desigualdades existentes entre los hombres y entre los pueblos. La defensa del «mundo libre», como dicen los americanos, es sacrosanta. Pero para quienes creen en el socialismo no es suficiente. Los socialistas quieren un mundo de libres y de iguales»²¹.

Quinta. El principio de legitimidad contractualista consagra la supremacía del individuo y de la sociedad sobre el Estado.—Es evidente que las teorías del contrato social y, por tanto, el principio de legitimidad contractual dan por supuesta la existencia y la necesidad del Estado y que por ello sus afanes giran más en torno a buscar un principio de legitimidad y unos criterios de control al poder político. Esto no implica, en ningún caso, una actitud estatista, ya que una de las principales enseñanzas que podemos sacar de las teorías del contrato social es que se trata de teorías que consideran a la sociedad y al Estado como una asociación de individuos en la cual sus necesidades y derechos tienen primacía. La político (lo estatal) se subordina a lo social (conjunto de individuos), con manifiesta supremacía de lo segundo; al mismo tiempo, se concibe al Estado como un medio regulador y de solución de los conflictos de intereses interindividualistas y garantizador del mantenimiento de la ley y del ejercicio de las libertades y derechos fundamentales, nunca como portador de una finalidad por encima (o ajeno) a los intereses y propósitos humanos que son, desde esta perspectiva, la auténtica razón de Estado. Y es aquí también donde conectan el principio de legitimidad contractual, los intereses y derechos de los ciudadanos, el liberalismo y la democracia. Como ha apuntado N. Bobbio, «no se olvide que liberalismo y democracia como ideologías políticas

²¹ N. Bobbio, *El futuro de la democracia*, citado, p. 14.

tienen un punto de partida común: la concepción individualista de la sociedad, contrapuesta a la concepción orgánica, que ha sido predominante en la historia de Occidente. Concepción individualista es aquella para la que la sociedad civil es el producto de los individuos asociados y no, por el contrario, un cuerpo orgánico del que los individuos son partes subordinadas al todo como los miembros de un cuerpo animal... Quien no basa sólidamente al gobierno civil en el individuo como elemento originario y constitutivo de la sociedad ya ha puesto las premisas para justificar cualquier forma de despotismo en nombre incluso de nobles ideales»²².

Partir de esta concepción individualista, del individuo como elemento originario y constitutivo de la sociedad y el Estado, no es sólo establecer los pilares sobre los que se llevará a cabo el contrato al ser (los individuos) lo único realmente existente, sino también fijar de antemano por dónde han de encaminarse las posibilidades sociales de emancipación humana, partiendo ahora de que la autonomía, la libertad, la seguridad y la igualdad de los individuos es lo único realmente importante. Quiero dejar claro que con estas propiedades de autonomía moral, seguridad, libertad e igualdad, que me van acompañando a lo largo de toda la exposición, no tendría ningún sentido entender el término individualismo en un sentido de individualismo grosero, egoísta o insolidario, sino en el extremadamente opuesto de individualismo comunicativo, solidario o fraternal, en lo que, si no interpreto mal sus ideas, Javier Muguerza ha denominado individualismo ético²³.

Tengo que añadir que el Estado se hace necesario allí donde está en peligro la defensa del individualismo ético, de la misma forma que los límites de su intervención en la vida de los individuos están fijados desde el momento en que su actuación se considera ya superflua. Es el Estado, por tanto, el que se debe adaptar a los intereses, exigencias y libertades humanas y no al contrario. En la última cita de Norberto Bobbio, el profesor italiano nos advertía del riesgo de caer en el despotismo, aunque fuera en nombre de nobles ideas, en que incurría quien olvidara que el basamento del gobierno civil es el individuo. Esto es importante si pensamos en la amenaza que pende sobre la autonomía y la libertad de los ciudadanos y, en general, sobre el propio sistema democrático como consecuencia del aumento del poder de los técnicos (tecnocracia) y del crecimiento progresivo del aparato burocrático en los Estados de las sociedades desarrolla-

²² Norberto Bobbio, *El futuro de la democracia*, citado, p. 14.

²³ Javier Muguerza, *Entre el liberalismo y el libertarismo (Reflexiones desde la ética)*, citado, pp. 44 y ss.

das. Ni la tecnocracia ni la burocracia son males de por sí, su maldad está en los efectos de un poder no controlado democráticamente, en que otros puedan tomar decisiones que solamente son competencia de la autonomía, la libertad y la responsabilidad individual. Es posible que la insistencia en el origen y desarrollo contractual del Estado y de todas sus instituciones sea la única respuesta y solución frente a esas «perjudiciales» e «injustificadas» tendencias tecnocráticas y burocratizadoras en nombre de una no menos injustificada y artificial razón de Estado.

Finalmente, quiero también agregar que aunque el marco inmediato del principio de legitimidad contractualista sea el de las relaciones individuo-Estado, éste debe ser ampliado y dirigido a todo el contexto de las relaciones sociales, con lo que el principio de legitimidad contractualista se convertirá en un principio regulador de todas las relaciones sociales que tengan interés público y en un instrumento para la resolución de los conflictos originados por el libre desarrollo de intereses de carácter general. Una vez más utilizo la autoridad de Norberto Bobbio cuando ha escrito que «hoy día, un índice de desarrollo democrático de un país no puede ser ya el número de personas que tienen derecho a votar, sino el número de lugares distintos de los políticos en los que se puede ejercer el derecho al voto. Sintéticamente, para dar un juicio del estado de democratización de un país, el criterio no puede ser ya el de cuántos votan, sino el de en cuántos sitios se vota. Cuando pretendemos conocer si ha habido un desarrollo de la democracia de un país determinado deberemos ir a ver si ha aumentado no el número de electores, sino el espacio en que el particular puede ejercer el derecho al voto»²⁴. E igual criterio puede ser aplicado a las relaciones internacionales, más próximas a un hobbesiano estado de naturaleza o a la imposición del derecho del más fuerte que a una situación de mínima comunicación y diálogo.

III. LA FUNDAMENTACIÓN DE LA OBLIGACIÓN POLÍTICA Y LA OBEDIENCIA AL DERECHO

La obediencia al Derecho se plantea como una necesidad desde el momento en que existe un Estado con autoridad soberana, y ello porque «la autoridad del Estado implica que aquellos que la ejercitan tienen derecho (de acción) a dictar órdenes y derecho (de recepción) a que tales órdenes sean obedecidas, y que, en relación con el segundo

²⁴ N. Bobbio, *El futuro de la democracia*, citado, p. 17.

derecho, los ciudadanos tienen el deber o la obligación de obedecer las órdenes»²⁵.

La obligación política tiene que ver con la última idea expresada en el texto anterior y aquí la voy a utilizar en el sentido general de que los ciudadanos tienen el deber u obligación de obedecer las leyes de su Estado. Pero inmediatamente surgen las preguntas de por qué el ciudadano tiene que reconocer la autoridad del Estado y, por tanto, el deber de obedecer sus leyes. Las respuestas serán las razones para obedecer las leyes, que a su vez constituyen los fundamentos de la obligación política. Las razones pueden ser de tres tipos: legales, prudenciales y morales. De estos tres tipos nos interesan fundamentalmente las razones morales, pues ellas dan lugar verdaderamente a encontrar los fundamentos de la obligación política de obedecer al Derecho. Las razones legales no nos sirven, ya que desde el momento en que existe una norma jurídica el ciudadano está legalmente obligado a obedecerla, pues puede decirse que se da una identificación entre norma jurídica y obligación legal de obedecer y en ello estriba la eficacia del Derecho como regulador de relaciones y conflictos sociales. Como ha apuntado D. M. Raphael, «si los derechos de recepción y las correspondientes obligaciones hacia aquellos que los detentan pueden ser legales o morales, ¿por qué no han de poder serlo también las razones para reconocer la autoridad? Pueden aducirse razones legales para reconocer la autoridad de una determinada ley o de un determinado gobernante o funcionario, pero no para reconocer la autoridad del Estado como tal, o, para decirlo de otra manera, del sistema de derecho en su totalidad... es una tautología afirmar que estamos (legalmente) obligados a obedecer la ley porque la ley es la que impone una obligación legal. Las razones para aceptar la obligación legal han de buscarse fuera del sistema de obligación legal. Con todo, cabe ofrecer razones desde dentro del sistema para justificar la obediencia a un determinado poseedor de autoridad»²⁶.

Las razones prudenciales para la obediencia al Derecho son aquel tipo de razones que se dan cuando se dice que se obedece al Derecho por temor a las consecuencias (privación de libertad, multas, etc.) que se derivarían de la no obediencia. Es una obediencia interesada que utiliza razones de prudencia que tienen como objetivo garantizar ventajas o, al menos, no producir efectos perjudiciales. En la prácti-

²⁵ D. D. Raphael, *Problemas de Filosofía política*, Alianza Universidad, Madrid, 1983, p. 89. Versión española de M. Dolores González Soler. Ver también el artículo de Joseph Raz, «Authority and Justification», en *Philosophy and Public Affairs*, winter, 1985, vol. IX, núm. 1, pp. 3 y ss.

ca, este tipo de razones son muy comunes y están plenamente justificadas, aunque no nos sirven como fundamentos de la obligación política en un sentido que podemos denominar «fuerte».

Las razones morales son aquellas que utilizan argumentos para obedecer al Derecho del tipo de «se debe obedecer al Derecho porque es justo», o «porque garantiza la libertad y la igualdad», o «porque cuenta con el consenso de la población». Cuando se dan este tipo de razones morales la obligación política y la obligación jurídica se convierten, además, en obligación moral. Estas razones pueden considerarse como el fundamento más fuerte de la obligación política. Por tanto, existe una obligación moral de obedecer al Derecho desde el momento en que pueden hallarse justificaciones o razones morales que fundamentan la obligación política. Mi tesis será que pueden encontrarse razones morales para obedecer al Derecho y que, por tanto, en estos casos, hay una obligación moral de obedecer al Derecho justo derivada de la obligación moral más general que tenemos como agentes morales de ser justos.

Hay, por consiguiente, una obligación moral de obedecer al Derecho, pero al Derecho justo. Ahora se plantea la pregunta de cuándo se puede considerar a un derecho justo. Desde mi punto de vista, el objetivo o ideal de un derecho justo es difícil de realizar y de precisar, pero, sin embargo, sí es posible elaborar unas exigencias con cuyo cumplimiento el sistema jurídico se convierte en un derecho mínimamente justo y que, además, representan la vía adecuada para la consecución de un derecho justo. Los mínimos o exigencias mínimas se refieren tanto a la legitimidad de origen como a la legitimidad de ejercicio. En cuanto a la primera, un derecho justo precisaría de una legitimidad contractual en el sentido y con las características que previamente hemos visto. Por lo que se refiere a la segunda, un derecho puede considerarse justo cuando reconoce, estimula y garantiza el ejercicio de los derechos humanos fundamentales. Es obvio que me estoy refiriendo a la combinación de los dos criterios, ya que cada uno de ellos, por separado, serían insuficientes. En definitiva: existe una obligación moral de obedecer al Derecho cuando éste ha sido elaborado contractualmente y, además, reconoce, respeta y garantiza el ejercicio de los derechos humanos fundamentales. Es evidente que este criterio combinado no es el único posible y que pueden encontrarse otros fundamentos morales, distintos, de la obligación política.

También hay que considerar que la tesis de que hay una obligación moral de obedecer al derecho, aun cuando éste sea considerado como derecho justo, no cuenta con una aceptación general. Una de

las posturas contemporáneas más significativas que niegan la obligación moral de obedecer al Derecho es la de J. Raz. Para este autor, «no existe obligación de obedecer al derecho. Se acepta generalmente que no existe obligación absoluta o concluyente de obedecer al derecho. Voy a sugerir que, incluso, no existe obligación *prima facie* de obedecerlo... Voy a argumentar que no hay obligación de obedecer al derecho aun en una sociedad buena, en la cual el sistema jurídico es justo». La opción alternativa como actitud en relación con el derecho, que J. Raz propone, es la del respeto por el Derecho: «Pero existe —escribe— otra opción igualmente permitida: tener respeto por el Derecho. Se argumentará que existe una actitud hacia el Derecho, generalmente conocida como el respeto por el Derecho, que aquellos que la tienen poseen una razón general de obedecer al Derecho, que su razón es su actitud, el hecho de que ellos efectivamente respetan el Derecho y que es moralmente permitido respetar al Derecho en esta forma (salvo que sea un sistema jurídico generalmente perverso)²⁷».

La opción propuesta por J. Raz es interesante, sobre todo si se quiere entender la idea de obligatoriedad moral en un sentido fuerte; sin embargo, en los casos en los que el sujeto se encuentre ante «una sociedad buena» con un «sistema jurídico justo», o en vías de consecución quizá, la actitud de respeto ante el Derecho sea insuficiente para él, ya que la conciencia moral individual le puede sugerir actitudes morales más profundas y comprometidas que la, casi pasiva, de respeto ante el sistema jurídico.

Entre nosotros, Felipe González Vicén ha expresado una respuesta también negativa en relación con la obligación moral de obedecer al Derecho. Para este autor, «mientras que no hay un fundamento ético para la obediencia al Derecho, sí hay un fundamento ético absoluto para su desobediencia»²⁸.

Coincidiendo con el profesor González Vicén en la prioridad e importancia de la conciencia ética individual como instancia superior y absoluta, quizá resulte un poco sorprendente su afirmación, tan tajante, de que sí hay un fundamento ético absoluto para desobe-

²⁶ D. D. Raphael, *Problemas de Filosofía política*, citado, p. 94. Ver también A. John Simmons, *Moral Principles and Political Obligations*, Princeton University Press, Princeton, New Jersey, 1979.

²⁷ Joseph Raz, *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1982, traducción y notas de Rolando Tamayo y Salmerón, pp. 289 y 309.

²⁸ Felipe González Vicén, «La obediencia al Derecho», en *Estudios de Filosofía del Derecho*, Facultad de Derecho de la Universidad de La Laguna, 1979, página 388.

decer al Derecho mientras que no hay fundamento ético para su obediencia. Por ello suscribiría la crítica que Elías Díaz ha hecho a González Vicén en el sentido de que, en opinión del primero, «sí puede haber un fundamento ético para la obediencia al Derecho, lo mismo —y el mismo— que puede haberlo para su desobediencia»²⁹.

Recientemente Felipe González Vicén ha contestado a la crítica del profesor Elías Díaz manteniendo su originaria idea de que existen razones para obedecer al Derecho, pero que, a pesar de ello, no hay un fundamento ético para la obediencia al Derecho, ya que, «la obligación ética no puede nunca basarse en la heteronomía de las razones o motivos de índole práctica, sino en los imperativos de la conciencia individual»³⁰.

La idea anteriormente expresada es importante. Efectivamente, solamente podemos hablar de obligación ética (en el sentido fuerte del término, añadiría yo) cuando ésta es resultado de los imperativos de la conciencia individual. Sin embargo, la tesis de González Vicén resulta incapaz para explicar aquellos casos en los que convergen la obligación jurídica y la obligación moral, es decir, aquellas situaciones que, aunque basadas en la heteronomía, no se trata de meras imposiciones, sino que el sujeto moral las acepta como si se tratara de imperativos que se hubieran originado en su conciencia individual o les otorga su respaldo moral o, no digamos en aquellos casos en los que la semejanza entre los imperativos legales y los morales hace coincidir al creador de la norma con su destinatario, la autonomía de la moral con la heteronomía del Derecho. Cabe, por tanto, hablar de obligación ética, aunque sea en un sentido menos fuerte o en un sentido aproximado, en especiales situaciones en las que el origen de los imperativos no es «directamente» la conciencia individual, es decir, en aquellos casos en que los imperativos jurídicos concuerdan con los mandatos de la conciencia moral individual. Mi propuesta matizaría la del profesor González Vicén y reazaría así: «Mientras hay un fundamento ético relativo para la obediencia al Derecho, puede haber un fundamento ético absoluto para su desobediencia.»

²⁹ Elías Díaz, *De la maldad estatal y la soberanía popular*, Editorial Debate, Madrid, 1984, p. 80.

³⁰ Felipe González Vicén, «La obediencia al Derecho. Una anticrítica», en *Sistema*, 65, marzo de 1985, p. 103.

Ver el reciente trabajo de Javier Muguerza, «La obediencia al Derecho y el imperativo de la disidencia (una intrusión en un debate)», en *Sistema*, número 70, enero de 1986, pp. 27 y ss. En otro trabajo mío, aún inédito, sobre la obediencia al Derecho he criticado las posturas allí defendidas.

IV. EL CONTRATO SOCIAL Y LOS DERECHOS HUMANOS COMO FUNDAMENTO (MORAL) DE LA OBEDIENCIA AL DERECHO (JUSTO).

Como se ha dicho más arriba, las razones morales que fundamentan la obligación, por tanto, moral de obedecer al Derecho derivarían de la combinación del principio de legitimidad contractualista del sistema político y de la existencia de un Derecho que reconozca y garantice los derechos humanos fundamentales.

Una de las razones centrales donde convienen las teorías contractualistas clásicas y las neocontractualistas es en el establecimiento de este nexo. La relevancia que el principio de legitimidad contractual tiene para una teoría de los derechos morales y jurídicos no es difícil de establecer, ya que, como se ha visto anteriormente, defender el fundamento contractualista de la sociedad y del poder político es también apostar por la confianza sincera en el valor de la individualidad, la autonomía y la inviolabilidad humanas y en los derechos deducidos de la dignidad de la persona. De la misma forma que en la teoría clásica de los siglos XVII y XVIII el contrato social tiene como objetivo la protección de unos derechos naturales cuya procedencia se encuentra en una situación presocial o estado de naturaleza supuesto, y el poder político originado en el pacto social va a obtener la legitimidad de su origen y ejercicio en el reconocimiento, defensa y garantía de esos derechos naturales previos al establecimiento de las relaciones sociales, políticas y jurídicas, también en las teorías contractualistas contemporáneas se mantiene esa finalidad y legitimación, aunque utilizando otra terminología (principios de justicia, derechos humanos fundamentales, derechos morales).

En el caso del contractualismo clásico, esta idea puede ser comprobada en las teorías de H. Grocio, S. Pufendorf, B. Spinoza, T. Hobbes, J. Locke, J. J. Rousseau o E. Kant, y en las Declaraciones de derechos de finales del siglo XVIII (piénsese en el primer apartado de la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia —1776— o en el artículo 2.º de la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano —1789—). En cuanto a las teorías contractualistas contemporáneas se mantiene vigente ese modelo de relación triple derechos —contrato social— legitimidad del poder político, aunque con diferentes presupuestos ideológicos y distinta terminología. Para la postura neocontractualista que en este trabajo se defiende, la legitimidad del poder político nacido de un hipotético pacto (consentimiento, instituciones democráticas y participación política libre, etc.) se obtiene del reconocimiento, defensa y protección de los derechos fundamentales. Esto equivale a afirmar que el contenido del contrato es siempre la mejor forma de articular (a través

de derechos jurídicos, Constituciones, instituciones sociales, planes económicos, modelos de sociedad, etc.) el respeto, ejercicio y garantía de los derechos humanos fundamentales, no los derechos humanos mismos, que, como derechos morales³¹, son previos al poder político y al Derecho. Esto es así porque los derechos humanos, como derechos morales, son anteriores y superiores a todo hipotético pacto originario y a los pactos reales que se den en la sociedad, que siempre han de mantener su contenido. Las ideas básicas y fundadoras de los derechos como la dignidad, la autonomía, la inviolabilidad, la seguridad, la libertad y la igualdad humanas llevan a cabo una función de control, vigilancia y límite de contrato. Su prevalencia es absoluta. Los derechos humanos no son producto o consecuencia de ningún pacto; las formas sociales, económicas, políticas y jurídicas concretas de articularlos sí son objeto de distintos pactos. En este punto coincido con R. Dworkin cuando ha apuntado que la teoría de los derechos que subyace a la construcción del contrato tiene que ser una teoría «que se base en el concepto de los derechos que son «naturales» en el sentido de que no son producto de ninguna legislación, convención o contrato hipotético»³². En definitiva, la soberanía de los contratantes y, por tanto, la autoridad del poder político, es limitada. No crea los derechos, sino que los reconoce. Por encima de la democracia más auténtica están los valores anteriormente enunciados. Creo que se puede reconducir la teoría del más ilustre de los contractualistas contemporáneos, J. Rawls, principalmente en lo que afecta a sus principios de justicia, hacia una interpretación que haga hincapié en la conexión entre el contrato social y los derechos humanos fundamentales. Para J. Rawls, el contenido del acuerdo o contrato original son los primeros principios que han de regular la estructura básica de la sociedad. Mi interpretación es que estos principios a que se refiere J. Rawls son anteriores al contrato, es decir, se presuponen, y que de ellos se pueden hacer derivar los derechos humanos fundamentales, que, a su vez, sirven como fundamento, contenido y límite del contrato social que ha de

³¹ Sobre el concepto de derechos morales ver mi trabajo «El problema del fundamento de los derechos humanos», en *Teoría de la Justicia y Derechos Humanos*, citado, pp. 77 y ss. Entre la bibliografía más reciente sobre los derechos humanos se pueden consultar: Antonio Enríquez Pérez Luño, *Los derechos fundamentales*, Editorial Tecnos, Madrid, 1984; Jeremy Waldron (editado por), *Theories of Rights*, Oxford Reading in Philosophy, Oxford University Press, 1984; C. S. Nino, *Ética y Derechos Humanos*, Editorial Paidós, Buenos Aires, 1984.

³² R. Dworkin, «The Original Position», en N. Daniels, *Readings Rawls*, Oxford, Blackwell, 1975, p. 46.

Ver mi artículo «El contrato y los derechos morales», en *Saber*, núm. 4, Barcelona, julio-agosto de 1985, pp. 38 y ss.

regular la estructura básica de la sociedad. Como fundamento, ya que la principal finalidad del contrato social es la de reconocer y garantizar los derechos humanos fundamentales; como contenido, ya que a través del contrato se trata de articular la vigencia histórica del ejercicio de esos derechos, y, finalmente, de límite, ya que tanto lo acordado a través del contrato general legitimador del poder político como de los contratos particulares para la organización de la sociedad, debe respetar el contenido esencial de los valores y principios que los derechos humanos fundamentales reflejan. Según esta última idea, todo acuerdo que no respete ese contenido, aunque contara con la aceptación y el respaldo de la voluntad mayoritaria de los contratantes, sería manifiestamente injusto.

Hacia la segunda mitad de *Teoría de la justicia*, de J. Rawls, establece la formulación final de sus dos principios de justicia que va acompañada de las reglas de prioridad. La formulación de los principios es la siguiente: «Primer principio: cada persona ha de tener un derecho igual al sistema total más amplio de libertades iguales básicas compatibles con un sistema de libertad para todos.»

«Segundo principio: Las desigualdades sociales y económicas han de estructurarse de modo que sean: a) para el mayor beneficio de los menos aventajados, consistente con el principio de ahorro justo, y b) anejos a oficios y posiciones abiertos a todos bajo condiciones de imparcial igualdad de oportunidades.»

Las prioridades siguen este orden: prioridad del primer principio o principio de libertad sobre el segundo, y prioridad, dentro del segundo principio, del apartado b) o principio de igualdad de oportunidades sobre el apartado a) o principio de diferencia³³.

El primer principio de la justicia instauro una organización social, política y jurídica de libertades iguales que son posibles dentro del marco de la democracia liberal y el desarrollo de sus contenidos coincide con los tradicionalmente considerados como derechos personales, cívicos y políticos. El segundo principio contiene y pretende hacer viables criterios de justicia social y le corresponderían los derechos económicos y sociales.

En definitiva, mi idea es que el contrato social como principio de legitimidad del poder político y como argumento a favor de la obligación moral de obedecer al derecho justo solamente tiene sentido si se conecta con los derechos humanos fundamentales, entendidos como derechos morales previos a toda decisión contractual. Considero que la teoría neocontractualista desarrollada por J. Rawls en

³³ J. Rawls, *A Theory of Justice*, Oxford University Press, 1972, pp. 302 y 303. En la traducción castellana, ya citada, se encuentra en las pp. 340-341.

su obra *Teoría de la Justicia* responde a esta idea central. Esa es la interpretación, también, de R. Dworkin, cuando ha señalado sobre ella que «los dos principios comprenden una teoría de la justicia que está organizada a partir de la hipótesis de un contrato. Pero no es sensato tomar al contrato como premisa o postulado fundamental de esa teoría... Al contrato hay que verlo como una especie de punto intermedio en una argumentación más amplia, como algo que es en sí mismo el producto de una teoría política más profunda, que defiende los dos principios a través del contrato, más bien que a partir del contrato»³⁴.

³⁴ Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, Editorial Ariel, Barcelona, 1984, traducción de Marta Guastavino, pp. 257 y 258; ver también pp. 266 y ss.

Sobre esta obra de R. Dworkin ver el ensayo de Alberto Calsamiglia que prologa la edición castellana, y el comentario de Luis Prieto Sanchís, «Teoría del Derecho y filosofía política en Ronald Dworkin», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 14, Madrid, mayo-agosto de 1985, pp. 353 y ss.